



La Responsabilidad Civil del Médico*

Aunque el presente opúsculo ha sido divulgado fragmentariamente en publicaciones periódicas, y hasta ha suscitado controversia en los medios del Derecho, la Revista de la Sociedad Colombiana de Cirugía considera útil para los médicos y especialmente para los cirujanos, el conocimiento integral del mismo, por cuanto el ejercicio de la profesión se rige, además, por patrones jurídicos de responsabilidad civil íntimamente ligados a las normas de ética médica, no siempre bien conocidos, ni los unos ni las otras, por los propios médicos, al tiempo que su estricto cumplimiento se exige cada día con mayor énfasis en todos y cada uno de los actos médicos. La ignorancia de estos principios ha llevado a algunos profesionales a responder de su comportamiento ante los Tribunales de Ética Médica. (N. del E.).

INTRODUCCION

Debido al incontenible avance de las ciencias y, en particular, de las ciencias biológicas, la jurisprudencia ha tenido que enfrentar retos antes insospechados. Los problemas clásicos del actuar médico han continuado, pero unidos a situaciones nacidas de nueva tecnología y nuevas concepciones de la enfermedad que han dado origen a problemas éticos, filosóficos, políticos, profesionales y legales.

Responsabilidad es la obligación de dar cuenta ante la sociedad por las consecuencias de un hecho o acto.

Las normas de comportamiento social tratan de proteger a las personas (naturales o jurídicas) entre sí, con el fin de evitar atropellos y en esa forma pueda mantenerse el equilibrio social en general (1).

En términos amplios, la responsabilidad puede ser catalogada como personal (responder ante la propia conciencia

de un acto inmoral), profesional (dar cuenta ante organismos encargados de vigilar que unas normas de conducta se cumplan) y jurídica (responder ante la sociedad, en cabeza de sus jueces, por una transgresión a la ley). La responsabilidad jurídica, a su vez, puede ser civil, particularmente cuando se atenta contra un bien o derecho de tipo privado, lo cual obliga a resarcir en forma patrimonial y pecuniaria; penal, cuando se afecta un derecho catalogado como bien social, el cual incluye la vida e integridad de los individuos y que cuando se viola obliga a pagar mediante sanción o pena que la sociedad impone (2), y administrativa cuando el responsable es un ente público.

La responsabilidad penal se origina en una conducta tipificada como prohibida por la sociedad. Esta responsabilidad es absolutamente personal y cesa con la muerte del individuo.

La responsabilidad civil puede ser contractual y extracontractual. La primera se origina en el incumplimiento de obligaciones nacidas a través de un contrato. La segunda se origina en el daño al patrimonio de otra persona con quien no existe un vínculo contractual y que se origina en una conducta que rompe el deber de diligencia, cuidado y prudencia de las personas en sociedad. Este tipo de responsabilidad es transmisible, es decir, puede transmitirse a los herederos, quienes deben responder con su patrimonio de los hechos ocasionados por su pariente.

De acuerdo con el profesor Cubides: "Obligación es todo vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación en favor de otra" (3).

¿QUE ES EL ACTO MEDICO?

El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo con sus capacidades y el tipo de enfermedad que el primero presente.

A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente.

El médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo (4).

* Autores

Fernando Guzmán Mora, MD, Cirujano Cardiovascular y del Tórax, FSFB, Prof. de Cirugía, Escuela Colombiana de Medicina, Consiliario del Colegio Mayor de Ntra. Sra. del Rosario; Eduardo Franco Delgadillo, Abogado, Ex-Juez, Prof. Univ. Libre de Pereira; María Cristina Morales de Barrios, Abogada, Prof. de Derecho Procesal Civil, Univ. Externado de Colombia y Univ. de los Andes; Juan Mendoza-Vega, MD, Neurocirujano, Prof. de Ética Médica, Colegio Mayor de Ntra. Sra. del Rosario, Jefe del Centro de Ética Médica de ASCOFAME.

Cuatro características principales distinguen al acto médico:

La **profesionalidad**, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. La **ejecución típica**, es decir, su ejecución conforme a la denominada *Lex Artis Ad Hoc* (ver adelante), sujeta a las normas de excelencia de ese momento. El tener por **objetivo** la curación o rehabilitación del enfermo. Y la **licitud**, o sea, su concordancia con las normas legales.

Acto médico y acto quirúrgico

Cuando el médico actúa como tal, manipula técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto. Este fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene implicaciones ante la ley.

Es pues, el acto médico (cualquiera que él sea) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad. Aunque no la única fuente, como se verá (5).

Desde la óptica que nos interesa en este escrito, los actos médicos se efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo) que como ser humano tiene derechos; el médico tendrá que preservar estos derechos y se comprometerá a defenderlos y recuperarlos. Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal.

Esos derechos han sido reconocidos previamente por la ley. (Es obvio que las personas solamente podemos alegar en nuestro favor aquellos derechos que el ordenamiento legal previamente nos haya concedido). Existen dos momentos: el primero, de consagración abstracta e impersonal; el segundo, de aplicación de esa norma abstracta al caso concreto. Por ejemplo, del consagrado constitucionalmente "toda persona tiene derecho a la vida" puede pasarse, en un evento determinado, contra el médico por cuya culpa alguien falleció.

El primer evento se llama **derecho objetivo**, mientras que el segundo se llama **derecho subjetivo** (prerrogativa consolidada en una persona determinada, en una circunstancia dada).

Como dicen Marty y Raynaud, el problema de las fuentes de las obligaciones no es sino un aspecto del problema de los derechos subjetivos. Y como el derecho subjetivo encuentra su fuerza en la norma de derecho objetivo, hay que concluir que el derecho subjetivo tiene su fuente en la ley. Sólo que el nacimiento de ese derecho subjetivo supone un elemento concreto que en determinado momento desencadene la aplicación de la norma objetiva. En consecuencia, y a pesar de su infinita variedad, esas circunstancias generadoras de derechos pueden ser reducidas a dos categorías: el acto jurídico y el hecho jurídico.

Es una clasificación estrecha que deja por fuera otras fuentes de las obligaciones, pero sirve muy bien para resaltar

de qué manera el acto médico puede ser ese "elemento concreto que en un determinado momento desencadena la aplicación de la norma objetiva". Las **obligaciones del médico**, frente al derecho, provienen de su actividad consciente y, por lo tanto, son la contrapartida de **los derechos del enfermo** que ha acudido en busca de ayuda o atención; derechos y obligaciones que están establecidos en la ley (6).

Sin embargo, hay que dejar constancia de que esta teoría puede ser un poco rígida, pues el ordenamiento jurídico no sólo incluye las normas positivas, sino también las normas de conducta que la moral y las buenas costumbres nos transmiten generacionalmente.

Todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; es decir, de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del Derecho.

Los actos jurídicos, por otra parte, se distinguen de los hechos jurídicos: mientras aquellos buscan un resultado jurídico concreto (por ejemplo un contrato de prestación de servicios profesionales busca la recuperación de la salud del paciente a cambio de los honorarios médicos), éstos no encuentran sus implicaciones jurídicas en la voluntad o intención con que se realizan (por ejemplo, en un accidente de tránsito, la lesión, hecho producido por el hombre, no ha sido querida sino, antes por el contrario, ha procurado ser evitada). La responsabilidad jurídica se desprende acá del incumplimiento o violación de una norma, porque así lo ha querido la ley, sin importar lo que se haya propuesto el autor (responsabilidad extracontractual). Con mayor razón si lo que se desea y obtiene con el hecho es esta violación del derecho; la consecuencia de este hecho antijurídico (querido o no) la define el código penal bajo la denominación de "pena".

Del **acto médico**, por lo que se ha visto hasta ahora, pueden desprenderse dos tipos de consecuencias en Derecho: las que resultan del **acto jurídico** y las que resultan del **hecho jurídico** (o antijurídico con implicaciones jurídicas- léase delito-).

Ambos tipos de consecuencias están contemplados en la ley (en los códigos civil o penal) y tienen qué ver con los derechos subjetivos de las partes que intervienen en el acto médico (7).

El acto médico es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como **objeto** la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá qué ver con la ley, por incidir sobre un **sujeto de derechos**, y por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.

Cabe la consideración de si al ser realizado por la fuerza (física o moral), es decir, contra la voluntad del médico, podría también implicarse para éste su responsabilidad profesional y, aunque estaría viciado de nulidad como contrato, no eximiría al profesional de su correcto desempeño.

El hecho médico acarrea también derechos y responsabilidades para las personas intervinientes, pues aunque su fuente no sea el acuerdo de voluntades, su ocurrencia genera, para el médico especialmente, el estricto desempeño de su profesión con base en su juramento

En general, estas actuaciones van precedidas de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a su favor y si lo incumple, genera sanción. Es preciso, no obstante, advertir que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación de medio y no de resultado, el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

El acto médico como contrato

El contrato es un acto jurídico que genera obligaciones. De acuerdo con Immanuel Kant, el contrato es una limitación que la persona impone voluntariamente a su libertad (8).

Se ha discutido ampliamente en el campo de la Jurisprudencia qué tipo de contrato es el que se establece entre el paciente y su médico. Varias teorías han sido estudiadas y desechadas parcialmente. Ellas incluyen la del mandato, la de locación de servicios, la de locación de obra, la de contrato innominado y muchas otras, para terminar aceptando que el acto médico es una forma especial de contrato denominado, precisamente, de asistencia médica.

Respecto del Contrato de Servicios Médicos, la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

"...Es verdad incuestionable que la responsabilidad de los médicos es contractual, cuando las obligaciones que ellos asumen frente a sus pacientes se originan en el contrato de servicios profesionales, siendo aplicables, por lo tanto, las normas del Título XII del Libro 4 del CC, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual por el delito o la culpa de quien causa daño a otro..."
(Cas. Civil. 26 de noviembre de 1986. Magistrado ponente: Dr. Héctor Gómez Uribe).

Cuáles son los elementos de ese contrato? En primer lugar los sujetos son el paciente y el médico, que actuando bajo el amparo de la ley ejercitan su principio de libertad y voluntad, alrededor de un objeto: la recuperación o conservación de la salud del enfermo. Como hemos mencionado, es una obligación de medios, por lo tanto, el compromiso es utilizar todos los elementos adecuados para la consecución del fin, sin ofrecer ninguna garantía.

El contrato de servicios o asistencia médica es de las llamadas **obligaciones de medio y no de resultado**. El médico no puede prometer, asegurar ni garantizar la cura del enfermo. Por lo tanto, el único resultado que se puede

ofrecer es que se pondrá todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución (9).

Este contrato es bilateral, pues origina responsabilidades para ambas partes. Es, además, un contrato de tipo consensual, es decir, que se perfecciona con el acuerdo de voluntades de los contratantes (médico y paciente), sin que la ley exija solemnidad alguna para su existencia y validez. Por lo tanto, todo documento que se suscriba tiene un carácter *ad probationem*, que para este contrato específico es de gran utilidad, si se presenta cualquier conflicto que en últimas genere responsabilidades para las partes (10).

Para el contrato se requiere la manifestación expresa de voluntades y el acuerdo mutuo. El contrato médico requiere, particularmente, del consentimiento, excepto en casos de extrema urgencia, en donde esté en peligro inminente la vida del paciente.

Algunos juristas sostienen que el contrato médico-paciente es de los llamados **de obra y empresa**. Cuando el deudor posee los conocimientos y habilidades para **hacer** alguna obra, puede obligarse, como el alfarero que se compromete a fabricar una olla de barro o el arquitecto a construir un edificio, o el conductor de un vehículo a transportar a sus pasajeros. La persona actúa sirviéndose de unos materiales para obtener un resultado querido, gracias a esos conocimientos o habilidades.

"...hay contrato de obra o empresa siempre que dos personas se obligan entre sí, la una a llevar a cabo una tarea o labor determinada y la otra a pagar por ello a la primera un precio o remuneración, pero sin que aquella se ponga bajo el servicio, subordinación o dependencia de ésta. Es indiferente la naturaleza material o inmaterial de la tarea o labor objeto del contrato. Si se pone atención sobre relaciones jurídicas que constantemente y a diario se forman con personas dedicadas a determinadas actividades especializadas que constituyen para ellas fuentes de rentas de trabajo, se advierte a poco que tales relaciones no son otra cosa que contratos de obra o empresa: el electricista que hace la reparación de un aparato; el albañil que refacciona una pared; el pintor que le da color a un edificio; el médico que atiende a un enfermo; el ingeniero que mide un terreno; el abogado que se encarga de estudiar la titulación de un inmueble y rendir concepto sobre ella...Todos esos son casos concretos de contrato de obra o empresa..." (11).

Para otros juristas, el contrato tiene un enfoque diferente: La legislación civil regula el contrato de realización de los médicos en el ejercicio de su actividad; el vínculo jurídico por el cual el médico y el paciente se obligan, la ley lo define como un contrato en el que las partes se comprometen, una a prestar asistencia médica (el deudor) y la otra a pagar un precio (acreedor del servicio).

Dentro del Capítulo IX, Título XXIV, Libro IV del Código Civil, referente al arrendamiento de servicios inmateriales, dispone en el artículo 2069:

“...Los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el art. 2144 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieran de contrario a ellas...”

El artículo 2144 preceptúa:

“...Los servicios de los profesionales y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato...”

Así las cosas, el servicio que prestan los médicos se rige por la regulación relativa al arrendamiento de servicios inmateriales, artículo 2063 y ss. del CC y a las normas del mandato, artículo 2142 y ss. del CC.

La capacidad de las partes, el mutuo consentimiento, el objeto y la causa, son elementos propios de este negocio jurídico. Se trata, además, de un contrato oneroso y conmutativo, en el cual cada una de las partes tiene claramente definida su prestación: El paciente paga un precio al profesional médico y éste se compromete a prestar un servicio como un medio para obtener, en algunos casos, un resultado definido y, en otros, a realizar el tratamiento adecuado conforme con los adelantos científicos del momento. También el paciente se compromete a seguir las prescripciones indicadas, para el éxito del servicio.

OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO EN MEDICINA

El tratadista Demogue introdujo esta clasificación, con base en la consideración del objeto de cada contrato. En este sentido, si el objeto existe o se espera que exista, el deudor puede obligarse a un resultado: Dar, hacer o no hacer aquello (12).

En cambio, si el objeto del acto es una simple “alea”, si su existencia no depende de la voluntad y acción directa del deudor, sino que, en todo o en parte está condicionada por el azar, nos encontramos frente a lo que los romanos llamaban ya la *emptio spei* (compra de la esperanza), como ocurre cuando el particular acude al consultorio del médico, con la esperanza de obtener su curación. En estos eventos, el resultado no se puede garantizar, pero el contrato es válido. Si el resultado no se logra, pero el médico-deudor ha puesto de sí todo lo que se esperaba, no hay responsabilidad de parte suya. Si el resultado se malogró por culpa grave o dolo del médico-deudor, es claro que debe responder.

Esto es conocido desde hace muchos años por la jurisprudencia colombiana, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. (Sentencia del 5 de marzo de 1940):

“...La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto

desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste...”

Pero qué ocurre si, como en el caso de la medicina, el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma? Ocurre que este organismo tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido. El “alea”, pues, está presente; y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el galeno garantice un resultado concreto.

No puede comprometerse por regla general el médico sino hasta donde las variables incontrolables que resulten se lo permitan. Obligación de hacer, sí, pero de hacer “solamente lo que esté a su alcance”. Obligación de asistir médicamente a alguien, poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no alcanzarse, dependerá entonces de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional de la medicina. Esta manera distinta de ver el asunto, fue introducida en el derecho alemán por Schlossmann, para quien en toda obligación **debe distinguirse la conducta del deudor del resultado obtenido con esa conducta.**

El objeto de la obligación no consistiría en dar, hacer o no hacer algo; el objeto de la obligación sería “la actividad del deudor”. El fin de la obligación sí sería el resultado, pero ese fin puede alcanzarse o no.

Demogue revisó tal teoría y dijo que existen obligaciones que persiguen no sólo la conducta del deudor, sino un resultado concreto. *“En lugar de producir un resultado, en otros casos el deudor legal o convencionalmente está obligado a tomar ciertas medidas que normalmente son aptas para conducir a un resultado... El médico no promete la curación; sólo promete sus cuidados. Se ha pensado declarar culpable a todo médico cuyo paciente muere, a menos que pruebe la fuerza mayor?...”*

Como enseña el expresidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Guillermo Ospina Fernández:

“...Las obligaciones son de medios cuando el resultado a que éstas apuntan sobrepasa lo que el acreedor justamente puede exigir al deudor...Esta clasificación coadyuva en la ardua labor que corresponde a los jueces de determinar, en cada caso concreto y según las circunstancias, si la obligación ha sido cumplida o no, o mejor aún, si la prestación o prestaciones que ella impone han sido o no ejecutadas...” (13).

En Argentina, por ejemplo, la doctrina general se encuadra dentro de las obligaciones de medio, cuando se afirma que:

“...no debe perderse de vista que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, y que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades existe siempre un alea que

escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad...El médico, cualquiera fuere la fuente de su obligación, contractual o aquiliana, nunca puede prometer la conservación de la vida del paciente ni la extirpación de la dolencia; basta que actúe, en la conducción de sus actos profesionales, con la diligencia común a todo ser humano..." (14).

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, como hemos mencionado, también ha decidido exigir al médico sólo los medios que tiene posibilidad de poner al servicio de la salud del hombre y no los resultados que ese hombre esperarí de un médico omnipotente.

"...la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia a pesar de que sabía que era el indicado..." (Nov. 26 de 1986, Magistrado Ponente: Héctor Gómez Uribe).

Idéntica posición adopta el Consejo de Estado (Sentencia del 18 de abril de 1994).

EL DAÑO EN MEDICINA

Según el diccionario, el daño se asocia a los conceptos de perjuicio, dolor, molestia, detrimento y menoscabo. Jurídicamente es la asociación entre el acto de un ser humano y su repercusión sobre el patrimonio de otra persona, natural o jurídica.

Desde el punto de vista legal, algunos tratadistas lo han definido así:

"...Daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra..." (15).

"...el daño es la lesión que se actualiza en el patrimonio o en la persona misma, y el padecimiento que se sufra como consecuencia del daño ocasionado y que traiga consigo merma en cualquiera de tales sentidos..." (16).

Por lo anterior, siempre que se afecte un bien patrimonial o extrapatrimonial protegido por la ley y el cual se pueda demostrar probatoriamente, existe un daño. Esto incluye la pérdida de algo que se hubiera podido conseguir, dentro de un análisis de probabilidades razonables.

Sin daño no existe responsabilidad. Pero, desde un punto de vista conceptual: Qué es lo que se lesiona? En esencia, un bien. (Todo aquello que satisface una necesidad, incluyendo la salud, el honor, el cuerpo, etc, o un interés como podría ser una situación de provecho posible sobre un

bien; este interés lesionado es un derecho legalmente protegido).

El daño, entonces, corresponde al perjuicio que proyecta el hecho dañoso en el campo físico o psíquico de quien lo alega. Sabemos que puede ser material y/o moral y, a su vez, el material estará integrado por el daño emergente y el lucro cesante.

Para que el daño sea indemnizable, debe reunir varios requisitos. Entre ellos se cuentan:

- a) La lesión debe recaer sobre un interés propio, es decir, en la titularidad del interés que se afecta.
- b) El daño ha de ser cierto, es decir, demostrable actualmente.
- c) El perjuicio debe subsistir, o sea, que no debe haber sido reparado previamente por el deudor.

Como habíamos mencionado, el daño material está integrado por el daño emergente y el lucro cesante. El primero hace referencia a los costos que produce la lesión sobre la víctima (hospitalización, cirugía, etc). El segundo a los rendimientos dejados de percibir por el paciente debido a la incapacidad laboral causada por la intervención médica y sus consecuencias

Por otro lado, el daño moral, cuyo monto no es mensurable o medible, no puede ser materia de regulación pericial sino del *Arbitrum Judices*, lo que significa que es al juzgador a quien le corresponde fijar su cuantía.

CULPA

La culpa se puede definir como una infracción u omisión a una obligación adquirida. El nexo causal es la relación directa entre el hecho dañoso y la culpa.

La doctrina jurídica dice:

"...Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar...De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones..." (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de junio 2 de 1958).

A este respecto la gradación de la culpa se ha clasificado en tres grupos (art. 63. del CC):

"...La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

-Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

-Culpa leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

-Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado..."

Hay **impericia** cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando éstos no han sido certificados por alguna institución reconocida legalmente (17).

Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y equivale a la *inobservation des regles d'art* de la doctrina francesa; a la *malpractice* de los anglosajones y al *kunstfehler* de los alemanes.

En el aspecto de tratamientos invasores, concretamente de tipo quirúrgico u operatorio, se deben tener en cuenta el riesgo de la intervención, el diagnóstico preoperatorio, la técnica utilizada, el conocimiento de las variaciones anatómicas, la experiencia con variedades o anormalidades anatómicas y el manejo postoperatorio, entre muchos otros (18).

Es necesario mencionar el concepto de **error médico**. Este puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de **simple ignorancia**, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado **estado de necesidad**, que obliga a intervenir a un paciente en estado de muerte inminente (Ejemplo: El médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnóstico intraoperatorio).

La otra condición es la **ignorancia atrevida**, como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente.

Se habla de **negligencia** cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran gran número de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas.

Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención. El artículo 2356 del CC señala:

"...por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta..."

En el caso de los médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad, generadora frecuente de culpa profesional. la Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto:

"...el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio en la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud..." (19).

La **imprudencia** consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.

De acuerdo con algunos autores jurídicos, la culpa ocupa un lugar intermedio entre el dolo (intención de dañar) y el caso fortuito (inimputabilidad total).

Todos tenemos en la sociedad un deber de cuidado. En el ámbito externo el derecho se encarga de señalar las pautas dentro de las que los asociados pueden moverse libremente, señalando como límite el derecho del otro. Esa conducta externa debe ser observada racionalmente y así el derecho castiga el error que produce daño. La ignorancia, en cambio, cuando no ha podido ser vencida por el sujeto que causa la agresión, es excusada.

El médico no se compromete a curar, sino a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia. Este tema lo ha examinado la Corte así:

"...el médico debe actuar con prudencia, teniendo en cuenta los riesgos. Si ha procedido con la corrección que el caso requiere, el fracaso involuntario no se le puede imputar. Su obligación es disponer de los medios adecuados para la consecución del fin. Cuando no llega el resultado apetecido, no obstante el esfuerzo, la diligencia, el cuidado y la prudencia prestados, ninguna culpa le es imputable y ninguna responsabilidad puede exigírsele. La jurisprudencia colombiana se ha manifestado en contra del médico cuando éste actúa con ligereza e ignorancia de las cosas que debe conocer..."(Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales, Sentencia 14-03-42).

Ante una demanda, es natural que el médico se oponga a las pretensiones de su paciente y quiera exonerarse; puede hacerlo mediante la prueba de la diligencia y cuidado o del caso fortuito (si esto es lo que alega). De todas formas, si el paciente no prueba la responsabilidad que endilga al demandado éste será absuelto, porque otro principio del derecho probatorio reza desde antiguo: *Actore non probante, reus absolvitur*.

Si se trata de un daño causado sin que haya mediado el contrato, se dará responsabilidad extracontractual por el hecho jurídico que lo provocó. (Ejemplos: En el curso de

una cirugía se produce lesión a un órgano que no debía tocarse. O cuando al explorar el abdomen se encuentra una anomalía diferente a la que causa los síntomas, la cual es intervenida por cuenta y riesgo del médico, (obviamente sin haber tomado el consentimiento del paciente, pues tal anomalía no era conocida), y a consecuencia de ello se genera un daño en el enfermo.

Todo lo anterior se basa en el mismo Código Civil:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización” (Art. 2341 CC).

También aquí es el paciente el que debe demostrar que el daño sí fue causado, que la culpa es del médico y que existe el mencionado nexo de causalidad.

La excepción a la regla la constituye la prueba en las llamadas “actividades peligrosas”, pues en ellas el agente debe exonerarse de la presunción de culpa que milita en su contra: quien esgrime un arma blanca realiza una actividad que entraña peligro, en la misma forma en que lo hace quien conduce un vehículo. Por lo tanto, se presume que tuvo la culpa del resultado producido y le corresponde desvirtuar esa culpa presunta, demostrando que el hecho dañoso ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por intervención de un tercero.

El ejercicio de la medicina no constituye una “actividad peligrosa”. Si se parte de la base de que la medicina es esencialmente una vocación y una profesión de servicio, el daño que se puede producir en el organismo del enfermo es consecuencia del objetivo mismo del acto médico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier tipo (20, 21).

El Consejo de Estado ha negado que el ejercicio de la actividad médica constituya una actividad peligrosa (Sala Contencioso Administrativa. Sección III. Agosto 24/92. Magistrado Dr. Carlos Betancourt).

No hay obligación sin causa. Nadie está “ligado” civilmente a otra persona sino por una razón determinada (razones que en nuestro sistema jurídico se enumeran como: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley). Las personas que vivimos en esta sociedad somos libres y no tenemos más obligaciones que las nacidas de estas fuentes.

La mayoría de las legislaciones admiten que la culpa no se presume. Nuestra ley es congruente en el sentido de obligar a responder solamente a quien haya causado daño y con la condición de que, quien demanda, pruebe la responsabilidad del demandado. Como única excepción a esta regla, como se ha mencionado, se consagra la presunción de culpa en contra de quien ejecuta una “actividad peligrosa”.

Los fallos del Consejo de Estado de julio 30 y agosto 24 de 1992, trasladan la carga de la prueba al médico con el

objeto de acreditar su desempeño profesional y, por consiguiente, la ausencia de culpa en su ejercicio técnico científico, cuando se trata de un profesional adscrito a una entidad estatal.

La primera posibilidad de eximir al profesional de responsabilidad, se tiene con la prueba de un error excusable, es decir, la existencia de una razón lógica y admisible para incurrir en el error o en el resultado no deseado. Nuestra legislación establece que el deudor no es responsable del caso fortuito a menos que se haya constituido en mora o que éste haya sobrevenido por su culpa. Respecto a la prueba aduce la disposición que la que atañe a la diligencia o cuidado, incumbe al que ha debido emplearlo y la del caso fortuito al que lo alega.

La segunda es la que denomina caso fortuito, es decir, aquella circunstancia que no es posible prever o que, de haber sido prevista, no es posible evitar. El deudor (médico) no es responsable del caso fortuito. (La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega).

La tercera es la conducta del paciente que no sigue las instrucciones del médico o que abandona por completo el tratamiento. Aquí se incluye el enfermo que acude a los servicios de otro médico, combinando tratamientos de acuerdo a su propio criterio.

La cuarta es el fracaso del tratamiento o circunstancias idiosincrásicas del mismo enfermo, a pesar del cuidado, la experiencia, la medida y la buena voluntad del médico.

Respecto a este último punto es necesario recordar que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación “de medio” y no “de resultado”, el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado, se debe tener en cuenta el número de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes. En el caso de la medicina, debido al gran número de circunstancias y variables no controlables (anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo) y de una serie de innumerables sucesos impredecibles, todo acto médico debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.

Por lo anterior, la culpa contractual no es simplemente resultado de la inexecución de una obligación, excepto que se pruebe en forma absoluta la presencia de negligencia, imprudencia, impericia, ignorancia o dolo al ejecutar el acto médico.

En cuanto a la duda sobre idoneidad de un tratamiento médico, es pertinente citar la recomendación N° 11 del II Congreso Internacional de Derecho de Daños en 1991, realizado en la Argentina, la cual dice a la letra:

"...Cuando se cuestione en un caso concreto la idoneidad de un tratamiento médico, y no exista un criterio uniforme, bastará con que una respetable minoría comparta tal criterio, a efectos de que el fracaso del tratamiento (per se) no genere responsabilidad profesional..."

En reciente fallo, el Consejo de Estado ha dicho que:

"...en algunas circunstancias y facetas científicas las opiniones de los citados profesionales se encuentran divididas, pero en estos casos la doctrina orienta en el sentido de que el juez no puede tomar partido en tales controversias, filosofía con la cual el punto controvertido, de no existir una prueba científica que lo defina, se queda sin demostración..."

(Sentencia de abril 18 de 1994. Magistrado ponente Dr. Julio César Uribe Acosta).

REFERENCIAS

1. Guzmán F: Cambiará el Ejercicio de la Profesión Médica? Prensa Médico-Quirúrgica 1994; 1: 3-8
2. Emiliani R: Conferencias de Obligaciones. Temis, Bogotá 1980. p. 205
3. Cubides J: Obligaciones. U. Javeriana, Bogotá, 1991
4. Guzmán F, Franco E, Morales M C, Mendoza J: El Acto médico: Implicaciones Éticas y Legales. Foro Colomb 1994; 297: 203-21
5. Guzmán F, Morales M C, Franco E, Mendoza J: Acto Médico. Acta Méd Col 1994. En Prensa
6. Guzmán F, Franco E, Morales M C, Mendoza J: Aspectos Civiles del Consentimiento en Medicina. Rev Col Cirug 1993; 8: 272-9
7. Morales M C, Franco E, Guzmán F, Mendoza J: El Consentimiento del Enfermo para el Acto Médico. Aspectos del Derecho Civil. Derecho Colombiano 1993; 384: 523-40
8. Guzmán F, Franco E: La práctica Quirúrgica a la Luz de la Ética Kantiana. Trib Méd 1993; 88: 327-33
9. Guzmán F: Obligaciones de Medio y de Resultado en Medicina. "El Siglo", 1994.
10. Gómez C: De los principales contratos civiles. Dike, Medellín 1983, p. 324
11. Juzgado V Civil de Circuito. Caso Lacouture vs Guzmán. 1994
12. Demogue R: Traité des obligations. Tomo V, p. 583
13. Ospina G: Obligaciones. Temis, Bogotá 1978, p. 127
14. Ghersi C: Responsabilidad por prestación médico-asistencial. Dike, 1993, p. 43
15. Santos J: La Responsabilidad Civil. Ed. Montecorvo. Madrid, 1981
16. Gifford A: El médico y su responsabilidad. Temis, Bogotá, 1993
17. Guzmán F, Mendoza J: Consideraciones Especiales sobre Ética Médica. Rev Coleg Mayor Ntra Sra del Rosario 1994; 563: 73-90
18. Guzmán F: El Precio de Ser Cirujano. Rev Col Cirug 1991; 6: 119-24
19. Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Tomo XVI. 184, p. 322. Abr 1987
20. Guzmán F: Posición y Contribuciones Sociales de los Cirujanos en la Historia. (Primera Parte). Rev Col Cirug 1993; 8 (1): 80-4
21. Guzmán F: Posición y Contribuciones Sociales de los Cirujanos en la Historia. (Segunda Parte). Rev Col Cirug 1993; 8 (2): 153-8